



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Nichtigkeit bei der Einberufung der Mitgliederversammlung

Neuman, Natalia ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-105528>
Journal Article

Originally published at:

Neuman, Natalia; Von der Crone, Hans Caspar (2014). Nichtigkeit bei der Einberufung der Mitgliederversammlung. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 86(1):105-115.

Nichtigkeit bei Einberufung der Mitgliederversammlung

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013 i.S. Verein A (Beschwerdeführerin) und Vereinsmitglieder B, C, D, E und F (Beschwerdegegner).

Mit Bemerkungen von lic. iur. Natalia Neuman und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte**
 - 1. Erwägungen des Obergerichts
 - 2. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen**
 - 1. Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht
 - 1.1 Allgemeines
 - 1.2 Entwicklung im Gesellschaftsrecht
 - 1.3 Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht
 - 2. Nichtigkeit aus formellen Gründen
 - 2.1 Allgemein
 - 2.2 Bei Einberufung durch ein unzuständiges Organ
 - 2.2.1 Im Verein
 - 2.2.2 In der AG
 - 2.2.3 Relativierung
 - 3. Beschränkung der Durchsetzung der Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht
 - 3.1 Gerichtliche Praxis
 - 3.2 Schrifttum
 - 3.2.1 Rechtsmissbrauch
 - 3.2.2 Bestandesschutz, insbesondere die Rechtssicherheit
 - 3.2.3 Zeitlicher Ablauf
 - 4. Stellungnahme und Schlussfolgerung

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Der Verein A stellt preiswerten Wohnraum für Sehbehinderte bereit und verwaltet diesen. Gemäss den Statuten entscheidet der Vorstand über die Aufnahme und den Ausschluss von Mitgliedern. Die Vorstandsmitglieder werden durch die Vereinsversammlung (in den Statuten als Generalversammlung bezeichnet) für eine Amtsdauer von drei Jahren gewählt.

Beschwerdegegner sind die Vereinsmitglieder B, C, D, E und F. In einem früheren Verfahren wurde ihnen seitens des Vereins rufschädigendes Verhalten vorgeworfen, was zunächst zu ihrem Ausschluss aus dem Verein führte, welcher aber später wieder rückgängig gemacht wurde. Anlässlich einer Vorstands-

sitzung vom 15. Januar 2010 wurden die Mitglieder mit Mehrheitsentscheid des Vorstandes erneut aus dem Verein ausgeschlossen. An der darauf folgenden Generalversammlung vom 26. März 2010 sollten sie nochmals angehört werden, wobei die Versammlung über die angefochtenen Ausschlüsse befinden sollte.

Die Einladung zur Generalversammlung vom 26. März 2010 erfolgte am 27. Februar 2010. Sie ging vom Vereinspräsidenten A aus, war aber nicht unterzeichnet. Die Versammlung wurde nicht vollständig durchgeführt, sondern während des Traktandums «Anhörung der Rekurrenten» durch den Präsidenten A abgebrochen. Dabei erwähnte er mögliche Daten für die Fortsetzung und lud schliesslich am 5. Mai 2010 zur Weiterführung der Generalversammlung auf den 29. Mai 2010 ein. Die Einladung erfolgte erneut mit dem Vermerk «Mit freundlichen Grüssen: Verein A.».

2. Prozessgeschichte

Fünf der Mitglieder des Vereins klagten am 9. November 2010 beim Bezirksgericht Horgen auf Feststellung, die Generalversammlung vom 29. Mai 2010 sei nicht statutengemäss einberufen worden und sämtliche an der Generalversammlung gefassten Beschlüsse seien nichtig. Zudem klagten sie auf Anfechtung der Vereinsausschlüsse.

Das Bezirksgericht Horgen und das Obergericht des Kantons Zürich stellten fest, die Beschlüsse der Generalversammlung des Vereins vom 29. Mai 2010 seien ungültig. Eine Beschwerde des Vereins gegen das obergerichtliche Urteil wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Erwägungen des Obergerichts

Vor Obergericht machte der Verein geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf Nichtigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung vom 29. Mai 2010 erkannt.¹ Die Einberufung sei im Einklang mit der beim Verein seit Jahrzehnten geübten Praxis erfolgt, was das Bezirksgericht zu Unrecht nicht berücksich-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc> verfügbar.

¹ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.1c).

tigt habe.² Wären die Beschlüsse als nichtig zu betrachten, würde das auch für alle anderen seit Jahrzehnten gefassten Beschlüsse gelten. Konsequenz wäre insbesondere, dass die aktuellen Vereinsmitglieder die Mitgliedschaft im Grunde genommen gar nicht hätten erwerben können.³ Mangels konkreter Angaben seitens des Vereins verwarf das Obergericht dieses Argument und bejahte die Aktivlegitimation der Vereinsmitglieder zur Erhebung der Feststellungsklage.⁴ Der Verein stellte sich weiter auf den Standpunkt, die nachträgliche Geltendmachung der Nichtigkeit einer Einladungsform, die bis anhin akzeptiert worden ist, sei rechtsmissbräuchlich.⁵ Die Beschlüsse wären auch nicht anders ausgefallen, wenn die Generalversammlung durch den Vorstand einberufen worden wäre.⁶ Im Übrigen kritisierte der Verein, die Vorinstanz habe keine klare Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit vorgenommen. Im vorliegenden Fall liege, wenn überhaupt, nur ein Sachverhalt der Anfechtbarkeit, nicht aber der Nichtigkeit vor. Nachdem die Mitglieder die einmonatige Anfechtungsfrist nach Art. 75 ZGB ungenutzt verstreichen liessen, sei ihr Anfechtungsrecht verwirkt, weshalb die nachträgliche Rüge gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse.⁷

Der Verein berief sich weiter auf BGE 71 I 388 und das Urteil des BGer 5A.37/2005, in denen das Bundesgericht jeweils auf Nichtigkeit erkannt habe. Im ersten Fall hatte der Geschäftsführer entgegen den Interessen des Vorstandes gehandelt, im zweiten Fall hatte die einladende Person keine Funktion innerhalb der Stiftung.⁸ Der vorliegende Sachverhalt sei von vornherein nicht mit denen der erwähnten Entscheide zu vergleichen, sodass von der blossen Anfechtbarkeit auszugehen sei. Zudem hätten der Vorstand und die Generalversammlung die fehlerhafte Einberufung nachträglich genehmigt, und die

statutarischen Einberufungsvorschriften hätten sich nicht auf die Beschlussfassung ausgewirkt. Das Obergericht kam demgegenüber zum Schluss, entgegen der Auffassung des Vereins könne nicht von einer Vertretungsposition des Präsidenten ausgegangen werden.⁹ Auch ein entsprechender Delegationsbeschluss habe nicht vorgelegen. Gemäss der Lehre und der in BGE 71 I 388 etablierten Rechtsprechung läge bei der Einberufung durch ein unzuständiges Organ ein nichtiger Beschluss vor. Diese Rechtsprechung sei zuletzt im Zusammenhang mit der Einberufung einer Stockwerkeigentümergeinschaft bestätigt worden.¹⁰

Die Vereinsmitglieder bestritten das Vorliegen einer jahrelangen Praxis; die früheren Traktandenlisten seien immer durch den gesamten Vorstand erstellt worden. Darüber hinaus habe der Präsident versucht, die Einsicht in die Geschäftsunterlagen zu verhindern, damit ein Darlehen an den ehemaligen Buchhalter nicht weiter überprüft werden könne. Die Vorenthaltung dieser Information habe die objektive Willensbildung im Verein unmöglich gemacht. Der Vorstand habe zusätzlich, entgegen den Statuten, für sich eine Entschädigung im Falle der Nichtwiederwahl und die Übernahme der Anwalts- und Gerichtskosten bei einer strafrechtlichen Verfolgung der Vorstandsmitglieder beschlossen.

Das Obergericht erwog, Art. 75 ZGB biete den Mitgliedern die Möglichkeit, gegen eine unmittelbare Verletzung ihrer Mitgliedschaftsrechte sowie gegen eine unrechtmässige Vereinstätigkeit vorzugehen. Konkrete Beschlüsse seien nichtig, wenn sie an qualifizierter Gesetzes- oder Statutenwidrigkeit litten. Alternativ stehe den Mitgliedern die Nichtigkeitsklage zur Verfügung, welche einen Anwendungsfall der negativen Feststellungsklage darstelle. Im Zweifel allerdings sei bloss Anfechtbarkeit anzunehmen.¹¹

Weiter führt das Obergericht aus, die Abgrenzung zwischen den zwei Klagen bereite Schwierigkeiten und bleibe teilweise eine Ermessensfrage. Nichtigkeit könne formeller oder inhaltlicher Natur sein. Ein formeller Mangel liege vor, wenn ein Be-

² Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.1c).

³ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.1c).

⁴ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.2b).

⁵ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.1c).

⁶ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.1c).

⁷ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.1c).

⁸ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3b).

⁹ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3c).

¹⁰ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3c).

¹¹ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.2a).

schluss nicht von der Vereinsversammlung im Rechtssinne gefasst wurde, wenn die Einberufung durch ein unzuständiges Organ erfolge oder wenn einzelne Mitglieder von der Versammlung ferngehalten wurden.¹² Die Nichtigkeit aufgrund der Verhinderung oder erheblichen Beschränkung der Willensbildung der Mitglieder oder der Vorenthaltung der notwendigen Informationen sei umstritten, werde aber mehrheitlich bejaht. Gemäss den Statuten liegt die Kompetenz zur Einberufung der Generalversammlung beim Vorstand und nicht beim Präsidenten, sodass die Einladung zur Weiterführung der Generalversammlung an einem formellen Mangel litt.¹³

Schliesslich seien gemäss dem Obergericht auch die erheblichen Differenzen zwischen dem Präsidenten und den Mitgliedern des Vereins mit in Betracht zu ziehen. Der Antrag, wonach der Beschluss über den Ausschluss auszusetzen sei, wurde nur mit dem Stichentscheid des Präsidenten angenommen.¹⁴ Einer der Kläger habe anlässlich seiner Stellungnahme die Abwahl mehrerer Vorstandsmitglieder beantragt. Weder über diesen Antrag noch über die fraglichen Ausschlüsse sei mit dem Hinweis auf die neue Einladung abgestimmt worden. Der Präsident sei auch weder bei der Wahl der Vorstandsmitglieder noch bei der Wahl des Präsidenten in den Ausstand getreten.¹⁵ Die Mitglieder hätten schon vor Friedensrichter und noch vor der Fortsetzung der Generalversammlung gerügt, dass diese nicht statutengemäss einberufen worden sei, sodass keine nachträgliche Genehmigung angenommen werden könne.¹⁶ Offen liess das Obergericht die Zulässigkeit einer solchen Genehmigung.¹⁷ Auch die weiteren Rügen hinsichtlich der Verweigerung der Einsicht wurden angesichts der formellen Natur der Nichtigkeit nicht weiter untersucht. Weil nicht alle Mitglieder an der Generalversammlung anwesend gewesen seien,

lasse sich über die Auswirkungen auf den Beschluss keine endgültige Aussage treffen. Schliesslich sei die Rüge auch nicht rechtsmissbräuchlich, weil erst seit acht Jahren bzw. seit der Wahl des Präsidenten so vorgegangen worden sei und eine rechtzeitige Rüge eines formellen Mangels keinen Rechtsmissbrauch darstelle.¹⁸ Bei einer allfälligen Wiederherstellung des vorherigen Zustandes seien keine praktischen oder juristischen Probleme ersichtlich, aufgrund welcher im Rahmen der Rechtssicherheit über die Nichtigkeit hinwegzuschauen wäre.¹⁹ Die Interessen gutgläubiger Dritter seien nicht gefährdet.²⁰

2. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bestätigte die Feststellungen des Obergerichts, wonach gemäss Statuten die Generalversammlung einmal jährlich durch den Vorstand oder einen Fünftel der Mitglieder unter Angabe der Traktanden einberufen werden könne. Dementsprechend seien beide Generalversammlungen nicht statutengemäss einberufen worden, was der Verein auch nicht bestritten habe.²¹

Das Obergericht hat sich zufolge der Bejahung der Nichtigkeit der Beschlüsse nicht näher mit dem Verhältnis der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage auseinandergesetzt. Das Bundesgericht konzentrierte sich demzufolge nur auf die Beurteilung der Zulässigkeit der Nichtigkeit. Die Feststellungen des Obergerichts, dass keine nachträgliche Genehmigung für das Handeln des Präsidenten vorgelegen habe und dass für die Einladung zur Fortsetzungsversammlung die gleichen Voraussetzungen wie für die ursprüngliche gegolten hätte, wurden vom Bundesgericht nicht weiter infrage gestellt.²²

Der Verein rügte vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 75 ZGB, da die Nichtigkeit grundsätzlich zur Anfechtbarkeit subsidiär sei und das Obergericht ohne genügende Begründung auf einen früheren Entscheid des Bundesgerichts abgestellt

¹² Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.2a).

¹³ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3a).

¹⁴ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3d).

¹⁵ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3d).

¹⁶ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3d).

¹⁷ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3d).

¹⁸ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3e).

¹⁹ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3e).

²⁰ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3e).

²¹ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 2.

²² Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 3.

habe. Da der Präsident ein Mitglied des zuständigen Organs sei, sei die Einladung vom zuständigen Organ ausgegangen. Dies gelte umso mehr, als die langjährigen Gepflogenheiten des Vereins berücksichtigt werden müssten.²³

Vorliegend liege ein formeller Mangel vor.²⁴ Da den Mitgliedern Ort und Zeit der Generalversammlung bekannt war, seien die Auswirkungen auf die körperschaftliche Willensbildung geringer ausgefallen, als dies bei einer bewussten Nichteinladung oder Fernhaltung von Vereinsmitgliedern der Fall gewesen wäre. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen allerdings bei der Einladung durch ein unzuständiges Organ grundsätzlich von der Nichtigkeit aus.²⁵ Die Mitglieder sollen nicht gehalten sein, der Einberufung durch ein unzuständiges Organ irgendwelche Beachtung zu schenken.²⁶ Dementsprechend komme auch keine Mitgliederversammlung im Rechtsinne zustande. Damit könnten auch keine gemäss Körperschaftsrecht anfechtbaren Beschlüsse gefasst werden.²⁷

Zwar würde von Teilen der Lehre für die Aktiengesellschaft die Auffassung vertreten, das nur dann von Nichtigkeit auszugehen sei, wenn ein offensichtlich bzw. ein generell unzuständiges Organ eine Versammlung einberufen habe;²⁸ was nicht der Fall sein solle, wenn bei einer AG ein einzelnes Verwaltungsratsmitglied die Versammlung eigenmächtig einberuft.²⁹ Zusammen mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung verwirft das Bundesgericht diese Auffassung und eine Analogie zum Aktienrecht auf-

grund der damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten.³⁰

Das Bundesgericht liess offen, ob eine langjährige, unangefochtene Praxis die stillschweigende Delegation von Kompetenzen des Vorstandes an den Präsidenten begründen könne, mit der Konsequenz, dass die Nichtigkeit zu verneinen wäre. Auf den Vorwurf des Vereins, das Obergericht wende Art. 75 ZGB falsch an, trat das Bundesgericht nicht ein, da es sich bei der Feststellung einer langjährigen Handhabung nicht um eine Rechts-, sondern um eine Tatfrage handle.³¹ Für die Annahme einer langjährigen Gepflogenheit, welche einer Delegation entsprechen könnte, lägen keine genügenden Sachverhaltsfeststellungen vor.³²

III. Bemerkungen

1. Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht

1.1 Allgemeines

Nach allgemeinem Verständnis bedeutet Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR, dass die Rechtsordnung die mit dem Rechtsgeschäft³³ beabsichtigten Rechtsfolgen nicht und zu keinem Zeitpunkt eintreten lässt.³⁴ Ein nichtiges Geschäft ist demnach von Anfang an,³⁵ gegenüber jedermann,³⁶ von Amtes wegen³⁷ und un-

²³ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 3.

²⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4; *Christoph Studer*, Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Bern 1995, S. 123; *Bertrand Schott*, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich 2009, S. 144.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

³² Urteil des Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013, E. 4.

³³ Der Beschluss wird nach mehrheitlicher Meinung als Rechtsgeschäft oder als Rechtsgeschäft *sui generis* qualifiziert. Dagegen ist die Rechtsnatur der Stimmabgabe umstritten: Sie wird mehrheitlich bei den rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, teilweise auch bei den Rechtsgeschäften oder bei den Rechtshandlungen eingereiht. Für einen Überblick vgl. *Schott* (Fn. 28), § 2.

³⁴ *Ernst A. Kramer*, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrags Art. 19–22 OR, Bern 1991, N 308 ff. zu Art. 19–20 OR; *Claire Huguenin*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2013, N 53 zu Art. 19/20 OR.

³⁵ BGE 97 II 108, 115.

³⁶ BGE 137 III 460, 465; 111 II 134, 138; 110 II 360, 368.

³⁷ BGE 111 II 134, 138; 114 II 329, 332; 123 III 60, 62.

heilbar³⁸ unwirksam.³⁹ Für die Beurteilung der Nichtigkeit wird auf den Zeitpunkt der Begründung des Rechtsgeschäfts abgestellt;⁴⁰ ist der Vertrag im Zeitpunkt der Beurteilung nicht mehr rechtswidrig, weil das Verbot weggefallen ist, so bleibt es nach h.L. bei der infolge der Widerrechtlichkeit angesprochenen Sanktion.⁴¹ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts wirkt die Gutheissung der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit *erga omnes*.⁴²

1.2 Entwicklung im Gesellschaftsrecht

Auf der Ebene des Gesellschaftsrechts wurde die Nichtigkeit im Obligationenrecht in der ursprünglichen Legiferierung von 1883 nicht explizit geregelt.⁴³ In BGE 64 II 152 hat das Bundesgericht zum ersten Mal zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der Beschlüsse unterschieden und festgestellt, dass ein Beschluss anfechtbar und nicht nichtig sei, wenn die Statuten, Gesetzesbestimmungen dispositiven Rechts oder Vorschriften, die zwar zwingend sind, aber lediglich den Schutz der privaten Interessen der einzelnen Aktionäre bezwecken, verletzt sind. In BGE 71 I 388 unterschied das Bundesgericht zwischen Nichtigkeit der Willensäusserungen von Körperschaftsmitgliedern, die wegen formeller Mängel nicht als Beschlüsse von Mitgliederversammlungen gelten können, und Nichtigkeit aufgrund inhaltlicher Mängel. Die Abgrenzung wurde schliesslich in BGE 93 I 31 weiter verfeinert: Ein Generalversammlungsbeschluss ist nichtig, wenn er einen unmöglichen Inhalt aufweist oder gegen das zwingende Recht oder die Statuten verstösst. Mit der Revision des Obligationenrechts von 1991 wurde diese Rechtsprechung ins Gesetz überführt (Art. 706b OR).⁴⁴

1.3 Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht

Das schweizerische Privatrecht setzt sich aus dem ZGB, dem OR sowie diversen Spezialgesetzen zusammen. Die Privatrechtsordnung ist trotz dieser Vielfalt in ihrer Zusammensetzung durch den Gedanken der inneren Rechtseinheit geprägt, und diese Einheit wird durch gemeinsame Grundsätze unterstrichen.⁴⁵ Dieser Zusammenhang wird nicht nur durch die formalisierte Eingliederung des OR in das ZGB, sondern insbesondere auch durch Art. 7 ZGB betont.⁴⁶ Zu den allgemeinen Prinzipien des Obligationenrechts, die grundsätzlich auf die gesamte Privatrechtsordnung Anwendung finden, zählt das Konzept der Nichtigkeit, wie es sich insbesondere aus Art. 20 OR ergibt. Allerdings sind die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts primär auf Vertragsverhältnisse und insbesondere auf Zweiparteiengeschäfte zugeschnitten. Auf Beschlüsse nehmen sie keinen Bezug. Auch den allgemeinen Bestimmungen über das Recht der juristischen Personen in Art. 52 ff. ZGB sind dazu keine Regeln zu entnehmen.⁴⁷

Aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit führt im Gesellschaftsrecht, anders als im Vertragsrecht, nicht jeder Verstoss gegen zwingendes Recht zur Nichtigkeit: Nichtigkeit stellt im Gesellschaftsrecht nicht den Normalfall, sondern die Ausnahme dar.⁴⁸ Im Aktienrecht ist Nichtigkeit lediglich in Art. 706b OR mit einer nicht abschliessenden Aufzählung von drei Sachverhaltskategorien geregelt, das Vereinsrecht enthält gar keine Ausführungen zur Nichtigkeit. Demgegenüber regeln Art. 706 OR für das Aktienrecht und Art. 75 ZGB für das Vereinsrecht die Anfechtung von Beschlüssen wegen Gesetzes- und Statutenverstössen. Das Anfech-

³⁸ Roland Truffer/Dieter Dubs, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 4. Aufl., Basel 2012, N 4 zu Art. 706b.

³⁹ BSK–Huguenin (Fn. 34), N 52 ff zu Art. 19/20 OR.

⁴⁰ BSK–Huguenin (Fn. 34), N 15 ff zu Art. 19/20 OR.

⁴¹ BGE 102 II 403.

⁴² Besonders für den Verein BGE 136 III 345, 350.

⁴³ Zur detaillierten Entwicklung der Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht siehe Hans Michael Riemer, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 2. Teilband: Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, Bern 1990, N 92 ff. zu Art. 75.

⁴⁴ Studer (Fn. 28), S. 109.

⁴⁵ Christina Schmid-Tschirren, in: Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art. 1–7 ZGB, Bern 2012, N 4 zu Art. 7.

⁴⁶ Hans Schmid/Flavio Lardelli, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010, N 1 zu Art. 7.

⁴⁷ Schott (Fn. 28), S. 146; Walter Fellmann, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 1997, 285, 290.

⁴⁸ Peter Bockli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 16 N 157a; Catherine Chammartin/Hans Caspar von der Crone, Der Déchargebeschluss, SZW 2005, 329–338, 335; Hans Michael Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998, N 1.

tungsverfahren ist als Einschränkung der allgemeinen Regelung von Art. 20 OR für das Gesellschaftsrecht zu verstehen: Rechtswidrige Beschlüsse sind grundsätzlich anfechtbar und nur unter qualifizierten Umständen nichtig.⁴⁹ Die zentrale Bedeutung dieser Unterscheidung liegt darin, dass anfechtbare Beschlüsse nach Ablauf der Anfechtungsfrist verbindlich und demzufolge geheilt sind, während bei nichtigen Beschlüssen dieser Rechtsmangel unbeschränkt geltend gemacht werden kann.⁵⁰ Bei erfolgreicher Geltendmachung dagegen sind die Rechtsfolgen der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit identisch.⁵¹

In Ermangelung eines eindeutigen Unterscheidungskriteriums bereitet die genaue Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen etliche Schwierigkeiten und bleibt in manchen Fällen eine Ermessensfrage des Richters. Unbestritten ist nach herrschender Lehre⁵² und Rechtsprechung⁵³ immerhin, dass vom Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeit auszugehen ist. Subsidiarität heisst, dass die Nichtigkeit nur dann in Betracht zu ziehen ist, wenn die Anfechtungsklage keine genügende Sanktion beziehungsweise kein genügendes Korrektiv darstellt.⁵⁴ Angesichts der grundsätzlichen Regelung der Gesetzes- und Statutenverstösse mittels Anfechtung im Gesellschaftsrecht und der historischen Entwicklung der Anwendung der Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht als eine durch die Praxis entwickelte Korrektur der Fälle, in denen die Heilung durch den Zeitablauf ausser Betracht fällt, soll die Nichtigkeit als eine *ultima ratio* verstanden werden. Sie kommt nur dann zur Anwendung, wenn die verletzten Gesetzes- oder Statutenbestimmungen zwingend im öffentlichen Interesse erlassen wurden oder in der Verletzung eine grobe Missachtung der Grundstruk-

turen oder unentziehbaren Kernrechte der Aktionäre liegt.⁵⁵

2. Nichtigkeit aus formellen Gründen

2.1 Allgemein

Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht aufgrund qualifizierter Gesetzesverstösse kann formeller oder materieller Natur sein bzw. der Mangel kann beim Zustandekommen des Entscheides oder im Ergebnis des Beschlusses liegen. Von Nichtigkeit aus formellem Grund spricht man nicht nur, wenn ein Beschluss zustande gekommen, aber wegen eines formellen Fehlers nicht gültig ist, sondern auch dann, wenn genau genommen gar kein Beschluss vorliegt, nicht einmal ein nichtiger: beim Scheinbeschluss und beim Nichtbeschluss.⁵⁶ Scheinbeschlüsse sind Willensäusserungen, die von Mitgliederversammlungen ausgehen, welche nicht die Rechtsqualität einer Generalversammlung besitzen und daher nicht in der Lage sind, Generalversammlungsbeschlüsse im Rechtssinne zu fassen. Ein Nichtbeschluss liegt vor, wenn zwar Meinungsäusserungen an der Generalversammlung erfolgen, aber die begrifflichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Beschlusses nicht erfüllt sind. Somit kann zwischen dem Mangel im Zustandekommen der Generalversammlung und dem Mangel im Zustandekommen des Beschlusses unterschieden werden.⁵⁷ Trotz dieses qualitativen Unterschiedes zwischen einem Nichtbeschluss einerseits und einem formell mangelhaften Beschluss andererseits, wird in der Lehre eine einheitliche Anwendung der Beschlussmängelfolge auf beide Sachverhalte propagiert:⁵⁸ Eine Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen kann von jedermann jederzeit bei Vorhandensein eines Feststellungsinteresses geltend gemacht werden.⁵⁹

2.2 Bei Einberufung durch ein unzuständiges Organ

2.2.1 Im Verein

Das Vereinsrecht regelt in Art. 75 ZGB formell nur die Anfechtbarkeit, nicht aber die Nichtigkeit eines Vereinsbeschlusses. Nach unbestrittener Lehre

⁴⁹ Alex Domeniconi/Hans Caspar von der Crone, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 2009, 223–233, 232; Riemer (Fn. 48), N 1.

⁵⁰ BK–Riemer (Fn. 43), N 92 zu Art. 75 ZGB.

⁵¹ Eine andere prozessual wichtige Unterscheidung liegt in der Aktivlegitimation.

⁵² Böckli (Fn. 48), § 16 N 178, Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 N 86; BSK–Truffer/Dubs (Fn. 38), N 18 zu Art. 706b OR.

⁵³ Z.B. BGE 80 II 271, 275; 93 II 30, 35.

⁵⁴ Peter Nobel/Roger Groner, Aktienrechtliche Entscheide, 3. Aufl., Bern 2005, S. 103; Studer (Fn. 28), S.110.

⁵⁵ Böckli (Fn. 48), § 16 N 157.

⁵⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 52), § 25 N 117.

⁵⁷ Studer (Fn. 28), S. 112.

⁵⁸ BSK–Schwenzer (Fn. 46), N 17 zu Art. 11 ZGB.

⁵⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 52), § 25 N 117.

schliesst Art. 75 ZGB allerdings den Sachverhalt des nichtigen Vereinsbeschlusses stillschweigend mit ein,⁶⁰ wenn er formell den Sachverhalt des bloss anfechtbaren und eben nicht nichtigen Vereinsbeschlusses im Sinn einer Privilegierung von der Rechtsfolge der Nichtigkeit ausnimmt und der zeitlich durch die Verwirkungsfrist von einem Monat begrenzten Anfechtbarkeit unterstellt. Ist ein Beschluss formell oder materiell derart fehlerhaft, dass eine faktische Heilung durch Ablauf der Anfechtungsfrist ausser Betracht fallen muss, so kommt das Art. 75 ZGB zugrunde liegende Konzept der Nichtigkeit zu tragen. Der Beschluss etwa, der gar nicht von einer Vereinsversammlung,⁶¹ sondern von einer zufälligen anwesenden Splittergruppe der Vereinsmitglieder gefasst wird,⁶² ist nichtig, weil seine Mangelhaftigkeit so schwer wiegt, dass er auch dann keinen Bestand haben kann, wenn keines der aktivlegitimierten Vereinsmitglieder fristgerecht eine Anfechtungsklage eingereicht hat.

Gemäss Art. 64 Abs. 2 ZGB muss die Einberufung durch den Vorstand, durch das gemäss den Statuten zuständige Organ oder durch ein Fünftel der Mitglieder⁶³ des Vereins erfolgen. Von einer Vereinsversammlung der Mitglieder im Rechtssinne wird gar nicht ausgegangen, wenn diese durch eine weder nach Gesetz noch nach Statuten zuständige Person einberufen wird.⁶⁴ Diese Meinung von *Riemer* wird vom Bundesgericht⁶⁵ und von der Lehre ohne Begründung⁶⁶ rezipiert.

2.2.2 In der AG

Ein Beschluss ist im Sinne von Art. 706b OR nichtig, wenn er grundlegende Vorschriften missachtet oder in schwerwiegender Weise gegen zwingende Normen verstösst, die nicht nur dem Schutz der individuellen Interessen der Aktionäre, sondern der Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen oder dem Schutz von Aussenstehenden dienen sollen.⁶⁷ Weiter liegt Widerrechtlichkeit vor, wenn die

Mindestanforderungen an das Zustandekommen eines Beschlusses nicht erfüllt sind.⁶⁸ Formelle Fehler begründen Nichtigkeit nur, wenn durch den Mangel die in Art. 706b OR erkennbaren oder geschützten Rechtsgüter verletzt sind und wenn eine nachträgliche Heilung, obgleich niemand innerhalb der Zweimonatsfrist gegen den Mangel vorgeht, aufgrund der Art und der Tragweite des Mangels ausser Betracht fallen muss.⁶⁹ Diese *de facto*-Heilung des Mangels durch Zeitablauf ist aber nur dann akzeptabel, wenn das Ergebnis nicht gegen Grundprinzipien oder zwingende Aktionärsrechte verstösst.⁷⁰ Soweit es um einen formellen Mangel beim Zustandekommen des Beschlusses geht, ist es den Aktionären tendenziell zuzumuten, sich zur Wehr zu setzen;⁷¹ ist dagegen das Ergebnis inakzeptabel,⁷² so muss eine *de facto*-Heilung mit Blick auf die Integrität des Instituts der Aktiengesellschaft ausser Betracht fallen.

Die Aktionäre sind durch die Einladung zwingend im Voraus über die bevorstehende Generalversammlung zu informieren. Beschlüsse, welche die formellen Einberufungsvorschriften nicht erfüllen, sind, mit der Ausnahme der Universalversammlung, rechtlich irrelevant.⁷³ Das unmittelbare Einberufungsrecht der Generalversammlung liegt beim Verwaltungsrat.⁷⁴ Einberufungsberechtigt ist dabei der Gesamtverwaltungsrat als Kollektivorgan.⁷⁵ Weder einzelne Verwaltungsratsmitglieder noch der Verwaltungsratspräsident haben ein selbständiges Einberufungsrecht. Der Verwaltungsrat wird beim formellen Vollzug der Einladung regelmässig durch den Präsidenten vertreten.⁷⁶ Grundsätzlich muss die Einladung durch ein zeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates unterzeichnet sein. Überspitzter Formalismus ist allerdings fehl am

⁶⁸ *Schott* (Fn. 28), S. 3.

⁶⁹ A.M. *Riemer* (Fn. 48), N 258.

⁷⁰ Art. 706b OR.

⁷¹ Beispiel wäre etwa die Verletzung von Einberufungsfristen.

⁷² Beispiel wäre die Einführung von Aktionärspflichten in Verletzung von Art. 680 OR.

⁷³ *Schott* (Fn. 28), S. 139.

⁷⁴ Art. 699 Abs. 1 OR.

⁷⁵ *Böckli* (Fn. 48), § 12 N 73c; *BSK-Truffer/Dubs* (Fn. 38), N 2 zu Art. 699 OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 52), § 23 N 19 Fn. 10.

⁷⁶ *Brigitte Tanner*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 5b, Die Aktiengesellschaft – Die Generalversammlung, Art. 698–706b, 2. Aufl. Zürich 2003, N 30 f. zu Art. 699 OR.

⁶⁰ *BK-Riemer* (Fn. 43), N 89 zu Art. 75 ZGB.

⁶¹ *BSK-Heini/Scherrer* (Fn. 46), N 36 zu Art. 75 ZGB.

⁶² *Marco Greter/Urs Scherrer*, Der Verein in der Praxis – Organisation und Steuern, Zürich 2007, S. 22.

⁶³ Art. 64 Abs. 3 ZGB.

⁶⁴ *BK-Riemer* (Fn. 43), N 100 zu Art. 75 ZGB.

⁶⁵ Zuletzt in diesem Entscheid.

⁶⁶ *BSK-Heini/Scherrer* (Fn. 46), N 36 zu Art. 75 ZGB.

⁶⁷ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 52), § 25 N 88; BGE 80 II 272, 275.

Platz: Entscheidend aber auch genügend ist, dass die Urheberchaft der Einladung beim Verwaltungsrat aus den Umständen ersichtlich wird.⁷⁷ Bei Vorliegen eines gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestandes⁷⁸ kann subsidiär⁷⁹ die Revisionsstelle die Generalversammlung einberufen. Zusätzlich hat das Bundesgericht⁸⁰ ein direktes Einberufungsrecht des Gerichts anerkannt.⁸¹ Kein direktes Einberufungsrecht haben demgegenüber Aktionäre, und zwar auch dann nicht, wenn sie gemäss Art. 699 Abs. 3 OR die Einberufung einer Generalversammlung verlangen können. Sie haben in diesem Fall vom Verwaltungsrat die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen.⁸² Beschlüsse, die an einer von unzuständiger Stelle einberufenen Generalversammlung ergehen, sind nach herrschender Lehre⁸³ und Rechtsprechung⁸⁴ grundsätzlich nichtig. Begründet wird die Nichtigkeitsfolge mit der Gefahr, dass wegen der Missachtung von Formvorschriften die Aktionäre von der Generalversammlung keine Kenntnis erhalten. Ist eine bestimmte Form vorgesehen, kann der Aktionäre darauf vertrauen, dass die Publikation in dieser dem Gesetz oder den Statuten entsprechenden Form erfolgt.⁸⁵

2.2.3 Relativierung

Nach einem Teil der Lehre zum Vereinsrecht liege keine Nichtigkeit aufgrund der Einberufung durch ein unzuständiges Organ vor, wenn die an sich nicht zuständige Person mit ausdrücklicher oder stillschweigender vorgängiger Ermächtigung der zuständigen Personen bzw. des zuständigen Organs einberuft oder von diesen Personen bzw. von diesem Organ die Einberufung nachträglich genehmigt wird.⁸⁶ Das Obergericht hat im vorliegenden Fall offengelassen, ob die nachträgliche Genehmigung

durch die Generalversammlung überhaupt möglich ist.⁸⁷ Unseres Erachtens soll eine stillschweigende nachträgliche Genehmigung durch ein für die Einberufung zuständiges Organ aufgrund der Publizitätszwecke der Einberufungsvorschriften nicht zulässig sein. Die Verletzung der Publizitätsvorschriften, welche dem Schutz der Mitglieder und ihrer Willensbildung dienen, kann durch eine Genehmigung nicht rückwirkend wiedergutmacht werden. Auch die ausdrückliche nachträgliche Genehmigung kann dem Publizitätserfordernis nicht gerecht werden, falls aufgrund eines Mangels⁸⁸ der fehlerhaften Einberufung keine Beachtung geschenkt wird bzw. geschenkt werden muss. Die nachträgliche Heilung kommt einzig im Rahmen einer Universalversammlung⁸⁹ infrage, wenn aufgrund der Anwesenheit aller Mitglieder die Einberufungserfordernisse entfallen.⁹⁰

Im Aktienrecht dagegen werden zwei Sachverhalte unterschieden: Wird eine Generalversammlung von einem aus der Sicht der Aktionäre komplett unzuständigen Organ einberufen, kommt keine Generalversammlung zustande und deren Nichtigkeit kann mit einer Feststellungsklage geltend gemacht werden. Bei der Einberufung durch eine abstrakt zuständige Instanz, welche im Einzelfall in Überschreitung ihrer Kompetenzen eine Generalversammlung einberuft, ist der Empfängerperspektive besonderes Gewicht beizumessen. Durften und mussten die Aktionäre davon ausgehen, dass diese auf einen Entscheid des zuständigen Verwaltungsrats zurückgeht, kann nicht leichthin von der Nichtigkeit der Einladung ausgegangen werden. Sofern die Unzuständigkeit einer abstrakt zuständigen Instanz für die Mitglieder nicht erkennbar ist bzw. wenn die Mitglieder die Einberufung als gültig erachten können, sollte diese Einberufung und die darauf basierende Versammlung lediglich als anfechtbar gelten.⁹¹ In einem solchen Fall erfüllt der erzeugte

⁷⁷ BSK–Truffer/Dubs (Fn. 38), N 2 zu Art. 699 OR.

⁷⁸ Art. 728c Abs. 2 OR.

⁷⁹ Böckli (Fn. 48), § 15 N 166.

⁸⁰ Böckli (Fn. 48), § 12 N 72; BGE 132 III 555 ff.

⁸¹ Aus dem Wortlaut des Gesetzes nach Art. 699 Abs. 4 OR lässt sich tendenziell lediglich ein mittelbares Einberufungsrecht des Richters ableiten; das Bundesgericht leitet aber das unmittelbare Einberufungsrecht der Generalversammlung durch das Gericht ab.

⁸² Böckli (Fn. 48), § 12 N 61.

⁸³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 52), § 25 N 123; Riemer (Fn. 48), N 264; ZK–Tanner (Fn. 76), N 12 zu Art. 699. BGE 115 II 468, 473; 71 I 383, 387; 78 III 33, 46.

⁸⁴ Schott (Fn. 28), S. 148.

⁸⁵ Schott (Fn. 28), S. 148.

⁸⁶ Riemer (Fn. 48), N 265; BGE 71 I 383, 388.

⁸⁷ Urteil des Obergerichts (LB120042-O/U) vom 20. Februar 2013, E. 2.3d).

⁸⁸ Beachte BGE 137 III 460.

⁸⁹ Art. 701 OR.

⁹⁰ In BGE 137 III 460 stellt das Bundesgericht fest, dass sogar beim Fehlen eines einzigen Aktionärs, welcher den Beschluss sowieso nicht verhindern könnte, nicht von einer Universalversammlung ausgegangen werden kann, was bei Nichtbeachtung der Einberufungsvorschriften zur Nichtigkeit führt.

⁹¹ Schott (Fn. 28), S. 146; Studer (Fn. 28), S. 123. Studer geht noch weiter und geht von grundsätzlicher Gültigkeit

Rechtsschein den Schutzzweck der Einberufung durch ein zuständiges Organ,⁹² sodass die Heilung des Mangels durch den Ablauf der Anfechtungsfrist zu keinem stossenden Ergebnis führt.

3. Beschränkung der Durchsetzung der Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht

Weder die allgemeinen Regeln des ZGB betreffend die juristischen Personen (Art. 52 ff. ZGB), noch das Vereinsrecht (Art. 75 ZGB) noch das Aktienrecht (Art. 706b OR) enthalten eine ausdrückliche Regelung der Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Beschlusses. Letztlich führt der Weg deshalb zurück auf die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts und auf Art. 20 OR. Bei Vertragsverhältnissen wird der absolute Begriff der Nichtigkeit durch die in Art. 20 Abs. 2 OR verankerte Teilnichtigkeit beschränkt, wonach Nichtigkeit nur soweit reicht, wie es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt.⁹³ Demgegenüber ist die Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht nicht durch den Umfang, sondern vor allem durch den Anwendungsbereich eingeschränkt,⁹⁴ indem grundsätzlich die Anfechtung zur Anwendung kommt. Für die verbleibenden, relativ seltenen Anwendungsfälle der Nichtigkeit im Gesellschaftsrecht stellt sich damit immerhin noch die Frage nach allfälligen Beschränkungen ihrer Durchsetzung.

3.1 Gerichtliche Praxis

In BGE 78 III 33 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem nichtigen Beschluss einer Genossenschaft die Durchsetzung der Nichtigkeitsfolge abgelehnt, weil der Beschluss seit mehreren Jahren im Handelsregister eingetragen war und sich Dritte im guten Glauben auf den Eintrag verlassen durften. Das Bundesgericht argumentiert dabei mit der Interessenabwägung, in die insbesondere auch die Gläubigerinteressen miteinzubeziehen seien: Wäge man die einander gegenüberstehenden Interessen ab, so verdienten die Gläubiger, die sich im treuen Glauben auf den Eintrag verlassen haben, geschützt zu werden. Die Genossenschaft werde da-

durch in ihren Interessen nicht beeinträchtigt. In einem anderen Entscheid⁹⁵ stellte das Bundesgericht fest, dass der Zeitablauf je nach den konkreten Umständen selbst den Makel der Nichtigkeit zu heilen vermag, wobei es sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Rechtssicherheitsgebot stützte.⁹⁶ In einem Entscheid betreffend die Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses über eine Fusion hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Eintragung der Auflösung der aufgenommenen Gesellschaft im Fall der nachfolgenden Nichtigkeitsklärung des Fusionsbeschlusses aufgehoben werde, selbst wenn damit erhebliche praktische Schwierigkeiten verbunden seien. Der Auffassung, eine erfolgte Fusion könne nicht wieder rückgängig gemacht werden, sei nicht beizupflichten.⁹⁷ Das Bundesgericht hielt fest: *«Certes, comme le relève avec pertinence (...) les faits économiques refusent parfois de se plier au pouvoir divin du juge de faire que ce qui fut n'ait pas été. Il reste que le juge doit rechercher par tous les moyens à rétablir une situation conforme au droit, sans s'arrêter aux difficultés pratiques qui pourraient résulter de sa décision.»*

3.2 Schrifttum

3.2.1 Rechtsmissbrauch

Die Geltendmachung der Nichtigkeit kann durch die Schranke des Rechtsmissbrauchs⁹⁸ begrenzt werden. Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt nicht allgemein Bestimmungen des Zivilrechts für bestimmte Arten von Fällen ausser Kraft, sondern weist das Gericht an, besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen.⁹⁹ Diese Norm dient als korrigierender Notbehelf für die Fälle des fehlenden Interesses oder bei krassem Missverhältnis der Interessen.¹⁰⁰

der Einberufung aus, wenn der Rechtsschein der Korrektheit aus der Perspektive der Adressaten vorliegt.

⁹² Diese Meinung kann u.E. auch auf den Verein übertragen werden.

⁹³ BSK–Huguenin (Fn. 34), N 61 zu Art. 19/20 OR.

⁹⁴ Vgl. vorne I.3.

⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006, E. 2.

⁹⁶ Schott (Fn. 28), S. 62.

⁹⁷ BGE 116 II 713 = Pra 81 (1992) Nr. 12.

⁹⁸ Riemer (Fn. 48), N 299.

⁹⁹ BSK–Honsell (Fn. 46), N 24 zu Art. 2 ZGB; BGE 131 V 97, 103; 134 III 52, 57.

¹⁰⁰ Beim Formmangel ist der Fall der rechtsmissbräuchlichen Berufung bei irrtumsfreier und freiwilliger Erfüllung relevant. Diese Rechtsprechung erweist sich für die Behandlung von Vorgängen, welche neben den individuellen auch körperschaftliche Elemente enthalten, als ungeeignet. Zweck von Art. 75 ZGB und Art. 706b OR ist, über die Publizitätswirkung auch die freie Willensbildung im Rahmen der Gesellschaft zu gewährleisten. Vgl. Peter Ba-

Ein Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs ist das Verbot des *venire contra factum proprium*, d.h. des widersprüchlichen Verhaltens, welches als treuwidrig erscheint.¹⁰¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nur vor, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch das spätere widersprüchliche Verhalten enttäuscht wurde.¹⁰² Eine absolute zeitliche Angabe für die Bejahung der genügend langen Übung für die Begründung des schutzwürdigen Vertrauens existiert nicht. Die zu berücksichtigenden Faktoren sind die Häufigkeit und Art des relevanten Verhaltens oder Duldens.¹⁰³ Eine einmalige Abweichung von den dispositiven Vorschriften oder Statuten begründet kein Vertrauen und kann auf die Geltendmachung der Nichtigkeit keinen Einfluss haben. Eine wie *in casu* hingegen achtjährige Übung des Vereins, wonach die Einberufung immer durch den Präsidenten erfolgte, obgleich gemäss den Statuten der Vorstand zuständig wäre, ohne dass die Mitglieder abschätzen können, ob dahinter ein gültiger Beschluss des Vorstandes vorliegt, muss ein solches schutzwürdiges Vertrauen begründen.¹⁰⁴

3.2.2 Bestandesschutz, insbesondere die Rechtssicherheit

Mit Rechtssicherheit ist das Allgemeininteresse an Stabilität und Verlässlichkeit von bestehenden Rechtsverhältnissen gemeint und nicht etwa das Interesse der Mehrheit an ungestörter Aufrechterhaltung ihrer Macht, sondern das Vertrauen auf einen Zustand.¹⁰⁵ M.a.W. muss der Richter im Einzelfall eine Interessenabwägung vornehmen und entscheiden, ob ein Interesse an der Beseitigung widerrechtlicher Beschlüsse und ihrer Rechtsfolgen oder aber

ein Interesse an der Aufrechterhaltung eines nicht über alle Zweifel erhabenen Beschlusses überwiegt.¹⁰⁶ Besonders interessant in diesem Zusammenhang ist die Verneinung des öffentlichen Glaubens eines Handelsregistereintrags, welcher mit der tatsächlichen oder rechtlichen Lage nicht übereinstimmt.¹⁰⁷ Ein eingetragener nichtiger Beschluss wird somit aufgrund des fehlenden öffentlichen Glaubens des Handelsregisters nicht geheilt und die Geltendmachung der Nichtigkeit dadurch nicht eingeschränkt; einzig die konkreten Umstände des Einzelfalls können der Durchsetzung der Nichtigkeitsfolge entgegen gehalten werden.¹⁰⁸ Unseres Erachtens sollte das Beurteilungskriterium der Rechtssicherheit im Rahmen der Interessensabwägung bei der Abgrenzung zwischen der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit Berücksichtigung finden, nicht jedoch erneut bei der Geltendmachung der Nichtigkeit.¹⁰⁹

3.2.3 Zeitlicher Ablauf

Um die Gefahr der Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch die Nichtigkeit zu mildern, plädiert ein Teil der Lehre dafür, die Geltendmachung der Nichtigkeit mittels der Verwirkungsfrist von 10 Jahren einzuschränken.¹¹⁰ Nachdem allgemeine Verstösse gegen Gesetz oder Statuten nur zur Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit führen, kommt die Nichtigkeit grundsätzlich nur für gravierende Verstösse gegen zentrale Bestimmungen des Gesellschaftsrechts infrage. Für solche gravierend mangel-

lastèr; Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften, Aarau 1953, S. 56.

¹⁰¹ BSK–Honsell (Fn. 46), N 43 zu Art. 2 ZGB.

¹⁰² BGE 125 III 257, 259.

¹⁰³ BGE 84 I 89, 95, wobei das Bundesgericht in diesem Entscheid die Übung im Bereich des öffentlichen Rechts beurteilte und bei einer 7-jährigen Praxis eine genügend lange Übung für die Begründung einer Abgabepflicht verneint hat. Eine dermassen strikte Beurteilung ist für den Bereich der dispositiven Vorschriften im Vereinsrecht nicht angebracht.

¹⁰⁴ Entgegen der Erwägungen des Obergerichts, vgl. vorne Fn. 18.

¹⁰⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 52), § 25 N 136.

¹⁰⁶ Im Grundsatz gleicher Meinung: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 52), § 25 N 104; BSK–Truffer/Dubs (Fn. 38), N 20 zu Art. 706b OR.

¹⁰⁷ Von Gesetzes wegen kann sich ein gutgläubiger Dritter in diesem Fall nicht auf die Eintragung verlassen, denn eine Art. 973 ZGB entsprechende Bestimmung fehlt im Handelsregisterrecht. Nichtsdestotrotz hat das Bundesgericht das Vertrauen des Publikums auf einen Eintrag stets geschützt, ohne aber zur Frage des öffentlichen Glaubens klar Stellung zu nehmen. Dabei stützte sich das Bundesgericht in BGE 78 III 33, 45 auf den allgemeinen Grundsatz des materiellen Rechts und hat festgehalten, dass eine ausdrückliche Vorschrift nicht erforderlich sei. Es genüge, dass eine zugunsten Dritter erfolgte Eintragung, die von Gesetzes wegen rechtsbegründende konstitutive Wirkung hat, aus unabweislichen praktischen Gründen als richtig gelten muss.

¹⁰⁸ BSK–Eckert (Fn. 38), N 11 zu Art. 933 OR.

¹⁰⁹ Zum Teil a.M.: Böckli (Fn. 48), § 16 N 183; BSK–Truffer/Dubs (Fn. 38), N 7 zu Art. 706b OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 52), § 25 N 87.

¹¹⁰ Böckli (Fn. 48), § 16 N 183.

hafte Geschäfte allerdings scheint eine rein formale «Heilung» durch Zeitablauf inadäquat. So gut es in Einzelfällen gerechtfertigt sein mag, erscheint der Umkehrschluss doch nicht zulässig: Lange nicht bei jedem Mangel, der zu Nichtigkeit führt, kann gesagt werden, dass er durch Zeitablauf «geheilt» werden kann.

4. Stellungnahme und Schlussfolgerung

Die Anfechtung ist der Hauptrechtsbehelf jedes Mitglieds bzw. Aktionärs gegen die Gesetzes- und Statutenverletzungen und stellt mit ihrer Verwirkungsfrist eine Einschränkung der Tragweite des Art. 20 OR im Gesellschaftsrecht dar. Die Nichtigkeit greift demzufolge nur subsidiär ein, wenn aufgrund der Interessenlage oder grober Missachtung der Grundstrukturen oder Kernrechte der Aktionäre bzw. der Mitglieder eine nachträgliche Heilung durch den Zeitablauf nicht in Betracht gezogen werden kann.

Vorliegend handelt es sich um eine Verletzung dispositiver Gesetzesbestimmungen bzw. der Statuten, bei welchen weder öffentliche Interessen noch die Grundstruktur des Vereinsrechts betroffen sind. Der Präsident hat zwar seine Kompetenzen überschritten, dabei ist aber anzunehmen, dass aus der Sicht der Adressaten aufgrund der Übung im Verein ein Rechtsschein der Korrektheit bestanden hat. Durch den Ausschluss sind lediglich die Mitglieder betroffen, sodass das für die Abgrenzung der Nichtigkeit wichtige Kriterium der Relevanz für aussenstehende Dritte nicht erfüllt ist. Folglich ist entgegen der h.L. kein Grund ersichtlich, weshalb die Anfechtung kein hinreichend wirksamer Rechtsbehelf sein kann.

Auch wenn entgegen der hier vertretenen Meinung von der Nichtigkeit des Beschlusses auszugehen wäre, sollte dabei die Übung im Verein berücksichtigt werden. Die achtjährige Duldung der Einberufung durch den Präsidenten anstatt durch den Vorstand des Vereins seitens der Vereinsmitglieder schafft ein

Vertrauen in die Zuständigkeit des eigentlich unzuständigen Präsidenten aufseiten des Vereins. Dieses Vertrauen ist im Hinblick auf die Gültigkeit der Einberufung künftiger Vereinsversammlungen angesichts der langjährigen Praxis schutzwürdig. Die Erhebung der Feststellungsklage auf Nichtigkeit wegen eines formellen Fehlers nach achtjähriger Akzeptanz der Einberufung durch den Präsidenten enttäuscht dieses Vertrauen in rechtsmissbräuchlicher Weise, da die Vereinsmitglieder in ihrer Akzeptanz dieser Praxis an ihr eigenes Handeln gebunden sind und der Verein darauf vertrauen durfte, dass sich die Vereinsmitglieder konsequent verhalten würden. Aus diesem Grund stellt die Erhebung der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eine Enttäuschung des Vertrauens des Vereins und somit ein widersprüchliches Verhalten der Vereinsmitglieder, ein *venire contra factum proprium*, dar.

Offensichtlich ist das Bundesgericht aber zum Schluss gekommen, die Situation im Verein A sei inakzeptabel. Jedenfalls entsteht der Eindruck, es sei die Summe von mehr oder minder gravierenden Irregularitäten gewesen, die das Bundesgericht zu einem verhältnismässig förmlichen und harten Entscheid geleitet hat. Im konkreten Fall mag das Ergebnis dem Gesamtbild angemessen sein. Dies sollte allerdings nicht dazu führen, dass die allgemeine Regel, wonach der Gesetzes- und Statutenverstoss im Gesellschaftsrecht gerade nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit nach sich zieht, zur Seite geschoben wird. Nichtigkeit muss im Gesellschaftsrecht auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Mitglieder oder Aktionäre von ihrem Anfechtungsrecht mangels Kenntnis über diesen Sachverhalt gar nicht fristgerecht Gebrauch machen konnten, wie dies beispielsweise bei einer nicht publizierten Einladung zu einer Generalversammlung der Fall wäre, oder bei denen der Generalversammlungsbeschluss inhaltlich in einem derart fundamentalem Gegensatz zur einschlägigen Ordnung der juristischen Person steht, dass eine faktische Heilung ausgeschlossen scheint.